

知识产权 南湖快讯

2021年第07期（总第81期）



国家知识产权战略实施（中南）研究基地
中南财经政法大学知识产权研究中心

2021年7月

目录

国内特别关注	1
最高人民法院发布第 28 批指导性案例	1
国外特别关注	23
WIPO 成员国审议 2022-2023 两年期工作计划和预算	23
中文法学类核心期刊知识产权文章摘编	25
1. 数据抓取行为的竞争法规制	25
2. 论算法创作物的可版权性与著作权归属	25
3. 同人作品使用原作虚拟角色的版权界限	26
4. 互联网广告屏蔽行为的效应分析及规制路径选择	26
5. 日本保护数据的不正当竞争法模式及其检视	27
6. 数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建	28
7. 美国与欧盟对数据保护的梳理与参考	28
8. 商标法上商标使用概念的统一及其制度完善	29
中文管理类核心期刊知识产权文章摘编	30
1. 标准必要专利许可费率综合计算方法研究	30
2. 适应人工智能快速发展的知识产权制度研究	30
3. 技术范式视角下的专利制度演进路径分析	31
4. 专利是测度企业技术创新绩效的有效工具吗?	31
5. 特色小镇知识产权创造与创新产业聚集作用机制	32
6. 我国中药发明专利质量提升路径——基于专利委托代理视角的实证研究	32
外文法学类核心期刊知识产权文章摘编	34
1. Trade Mark Restrictions Under the TRIPS Agreement: The WTO Panel Findings on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation.	34
2. Generic but Expensive: Why Prices Can Remain High for Off-Patent Drugs	34
3. Divergence and Convergence of Royalty Determinations between Compulsory Licensing under the TRIPS Agreement and Ongoing Royalties as an Equitable Remedy	35
4. Reaching for Mediocrity: Competition and Stagnation in Pharmaceutical Innovation.	36
5. How do Patent Incentives Affect University Researchers?	37
6. Gendered 'Objective' Patent Law: Of Binaries and a Singularity	38

7. An Empirical Study of Criminal Sanction on Trademark Counterfeiting in China . . .	38
南湖学人速递	40
徐小奔：论算法创作物的可版权性与著作权归属	40

国内特别关注

最高人民法院发布第 28 批指导性案例

法〔2021〕182号

最高人民法院

关于发布第28批指导性案例的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

经最高人民法院审判委员会讨论决定，现将左尚明舍家居用品（上海）有限公司诉北京中融恒盛木业有限公司、南京梦阳家具销售中心侵害著作权纠纷案等六个案例（指导案例157-162号），作为第28批指导性案例发布，供在审判类似案件时参照。

最高人民法院

2021年7月15日

第28批指导性案例（指导案例157-162号）

1. 指导案例157号：左尚明舍家居用品（上海）有限公司诉北京中融恒盛木业有限公司、南京梦阳家具销售中心侵害著作权纠纷案（最高人民法院审判委员会讨论通过 2021年7月23日发布）

关键词：民事/侵害著作权/实用艺术作品/实用性/艺术性

裁判要点：对于具有独创性、艺术性、实用性、可复制性，且艺术性与实用性能够分离的实用艺术品，可以认定为实用艺术作品，并作为美术作品受著作权法的保护。受著作权法保护的实用艺术作品必须具有艺术性，著作权法保护的是实用艺术作品的艺术性而非实用性。

相关法条：《中华人民共和国著作权法实施条例》第2条、第4条

基本案情：2009年1月，原告左尚明舍家居用品（上海）有限公司（以下简称左尚明舍公司）设计了一款名称为“唐韵衣帽间家具”的家具图。同年7月，左尚明舍公司

委托上海傲世摄影设计有限公司对其制作的系列家具拍摄照片。2011年9月、10月，左尚明舍公司先后在和家网、搜房网进行企业及产品介绍与宣传，同时展示了其生产的“唐韵衣帽间家具”产品照片。2013年12月10日，左尚明舍公司申请对“唐韵衣帽间组合柜”立体图案进行著作权登记。

被告南京梦阳家具销售中心（以下简称梦阳销售中心）为被告北京中融恒盛木业有限公司（以下简称中融公司）在南京地区的代理经销商。左尚明舍公司发现梦阳销售中心门店销售品牌为“越界”的“唐韵红木衣帽间”与“唐韵衣帽间组合柜”完全一致。左尚明舍公司认为，“唐韵衣帽间组合柜”属于实用艺术作品，中融公司侵犯了左尚明舍公司对该作品享有的复制权、发行权；梦阳销售中心侵犯了左尚明舍公司对该作品的发行权。2013年11月29日至2014年1月13日，左尚明舍公司对被诉侵权产品申请保全证据，并提起了本案诉讼。

将左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”与被诉侵权产品“唐韵红木衣帽间”进行比对，二者相似之处在于：整体均呈L形，衣柜门板布局相似，配件装饰相同，板材花色纹路、整体造型相似等，上述相似部分主要体现在艺术方面；不同之处主要在于L形拐角角度和柜体内部空间分隔，体现于实用功能方面，且对整体视觉效果并无影响，不会使二者产生明显差异。

裁判结果：江苏省南京市中级人民法院于2014年12月16日作出（2014）宁知民初字第126号民事判决：驳回左尚明舍公司的诉讼请求。左尚明舍公司不服一审判决，提起上诉。江苏省高级人民法院于2016年8月30日作出（2015）苏知民终字第00085号民事判决：一、撤销江苏省南京市中级人民法院（2014）宁知民初字第126号民事判决；二、中融公司立即停止生产、销售侵害左尚明舍公司“唐韵衣帽间家具”作品著作权的产品的行为；三、梦阳销售中心立即停止销售侵害左尚明舍公司“唐韵衣帽间家具”作品著作权的产品的行为；四、中融公司于本判决生效之日起十日内赔偿左尚明舍公司经济损失（包括合理费用）30万元；五、驳回左尚明舍公司的其他诉讼请求。中融公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2018年12月29日作出（2018）最高法民申6061号裁定，驳回中融公司的再审申请。

裁判理由：最高人民法院认为，本案主要争议焦点为：

一、关于左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”是否构成受我国著作权法保护作品的问题

《中华人民共和国著作权法实施条例》（以下简称《实施条例》）第二条规定：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式

复制的智力成果。”《实施条例》第四条第八项规定：“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的具有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”我国著作权法所保护的是作品中作者具有独创性的表达，而不保护作品中所反映的思想本身。实用艺术品本身既具有实用性，又具有艺术性。实用功能属于思想范畴不应受著作权法保护，作为实用艺术作品受到保护的仅仅在于其艺术性，即保护实用艺术作品上具有独创性的艺术造型或艺术图案，亦即该艺术品的结构或形式。作为美术作品中受著作权法保护的实用艺术作品，除同时满足关于作品的一般构成要件及其美术作品的特殊构成条件外，还应满足其实用性与艺术性可以相互分离的条件。在实用艺术品的实用性与艺术性不能分离的情况下，不能成为受著作权法保护的美术作品。

左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”具备可复制性的特点，双方当事人对此并无争议。本案的核心问题在于“唐韵衣帽间家具”上是否具有具备独创性高度的艺术造型或艺术图案，该家具的实用功能与艺术美感能否分离。

首先，关于左尚明舍公司是否独立完成“唐韵衣帽间家具”的问题。左尚明舍公司向一审法院提交的设计图稿、版权登记证书、产品照片、销售合同、宣传报道等证据已经形成完整的证据链，足以证明该公司已于2009年独立完成“唐韵衣帽间家具”。中融公司主张左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”系抄袭自他人的配件设计，并使用通用花色和通用设计，因其未提交足以证明其主张的证据，法院对其上述主张不予支持。

其次，关于左尚明舍公司完成的“唐韵衣帽间家具”是否具有独创性的问题。从板材花色设计方面看，左尚明舍公司“唐韵衣帽间家具”的板材花色系由其自行设计完成，并非采用木材本身的纹路，而是提取传统中式家具的颜色与元素用抽象手法重新设计，将传统中式与现代风格融合，在颜色的选择、搭配、纹理走向及深浅变化上均体现了其独特的艺术造型或艺术图案；从配件设计方面看，“唐韵衣帽间家具”使用纯手工黄铜配件，包括正面柜门及抽屉把手及抽屉四周镶有黄铜角花，波浪的斜边及镂空的设计。在家具上是否使用角花镶边，角花选用的图案，镶边的具体位置，均体现了左尚明舍公司的取舍、选择、设计、布局等创造性劳动；从中式家具风格看，“唐韵衣帽间家具”右边采用了中式一一对称设计，给人以和谐的美感。因此，“唐韵衣帽间家具”具有审美意义，具备美术作品的艺术创作高度。

最后，关于左尚明舍公司“唐韵衣帽间家具”的实用功能是否能与艺术美感分离的问题。”唐韵衣帽间家具“之实用功能主要在于柜体内部置物空间设计，使其具备

放置、陈列衣物等功能，以及柜体L形拐角设计，使其能够匹配具体家居环境进行使用。该家具的艺术美感主要体现在板材花色纹路、金属配件搭配、中式对称等设计上，通过在中式风格的基础上加入现代元素，产生古典与现代双重审美效果。改动“唐韵衣帽间家具”的板材花色纹路、金属配件搭配、中式对称等造型设计，其作为衣帽间家具放置、陈列衣物的实用功能并不会受到影响。因此，“唐韵衣帽间家具”的实用功能与艺术美感能够进行分离并独立存在。

因此，左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”作为兼具实用功能和审美意义的立体造型艺术作品，属于受著作权法保护的美术作品。

二、关于中融公司是否侵害了左尚明舍公司主张保护涉案作品著作权的问题

判断被诉侵权产品是否构成侵害他人受著作权法保护的作品，应当从被诉侵权人是否“接触”权利人主张保护的作品、被诉侵权产品与权利人主张保护的作品之间是否构成“实质相似”两个方面进行判断。本案中，首先，根据二审法院查明的事实，中融公司提供的相关设计图纸不能完全反映被诉侵权产品“唐韵红木衣帽间”的设计元素，亦缺乏形成时间、设计人员组成等信息，不能充分证明被诉侵权产品由其自行设计且独立完成。左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”作品形成及发表时间早于中融公司的被诉侵权产品。中融公司作为家具行业的经营者，具备接触左尚明舍公司“唐韵衣帽间家具”作品的条件。其次，如前所述，对于兼具实用功能和审美意义的美术作品，著作权法仅保护其具有艺术性的方面，而不保护其实用功能。判断左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”作品与中融公司被诉侵权产品“唐韵红木衣帽间”是否构成实质性相似时，应从艺术性方面进行比较。将“唐韵衣帽间家具”与被诉侵权产品“唐韵红木衣帽间”进行比对，二者相似之处在于：整体均呈L形，衣柜门板布局相似，配件装饰相同，板材花色纹路、整体造型相似等，上述相似部分主要体现在艺术方面；不同之处主要在于L形拐角角度和柜体内部空间分隔，体现于实用功能方面，且对整体视觉效果并无影响，不会使二者产生明显差异。因此，中融公司的被诉侵权产品与左尚明舍公司的“唐韵衣帽间家具”作品构成实质性相似、中融公司侵害了左尚明舍公司涉案作品的著作权。（生效裁判审判人员：秦元明、李嵘、吴蓉）

2. 指导案例158号：深圳市卫邦科技有限公司诉李坚毅、深圳市远程智能设备有限公司专利权权属纠纷案（最高人民法院审判委员会讨论通过 2021年7月23日发布）

关键词：民事/专利权权属/职务发明创造/有关的发明创造

裁判要点：判断是否属于专利法实施细则第十二条第一款第三项规定的与在原单

位承担的本职工作或者原单位分配的任务“有关的发明创造”时，应注重维护原单位、离职员工以及离职员工新任职单位之间的利益平衡，综合考虑以下因素作出认定：一是离职员工在原单位承担的本职工作或原单位分配的任务的具体内容；二是涉案专利的具体情况及其与本职工作或原单位分配的任务的相互关系；三是原单位是否开展了与涉案专利有关的技术研发活动，或者有关的技术是否具有其他合法来源；四是涉案专利（申请）的权利人、发明人能否对专利技术的研发过程或者来源作出合理解释。

相关法条：《中华人民共和国专利法》第6条、《中华人民共和国专利法实施细则》第12条

基本案情：深圳市卫邦科技有限公司（以下简称卫邦公司）是一家专业从事医院静脉配液系列机器人产品及配液中心相关配套设备的研发、制造、销售及售后服务的高科技公司。2010年2月至2016年7月期间，卫邦公司申请的多项专利均涉及自动配药设备和配药装置。其中，卫邦公司于2012年9月4日申请的102847473A号专利（以下简称473专利）主要用于注射科药液自动配置。

李坚毅于2012年9月24日入职卫邦公司生产、制造部门，并与卫邦公司签订《深圳市劳动合同》《员工保密合同》，约定由李坚毅担任该公司生产制造部门总监，主要工作是负责研发“输液配药机器人”相关产品。李坚毅任职期间，曾以部门经理名义在研发部门采购申请表上签字，在多份加盖“受控文件”的技术图纸审核栏处签名，相关技术图纸内容涉及“沙窝复合针装配”“蠕动泵输液针”“蠕动泵上盖连接板实验”“装配体”“左夹爪”“右夹爪”“机械手夹爪1”“机械手夹爪2”等，系有关自动配药装置的系列设计图。此外，卫邦公司提供的工作邮件显示，李坚毅以工作邮件的方式接收研发测试情况汇报，安排测试工作并对研发测试提出相应要求。且从邮件内容可知，李坚毅多次参与研发方案的会议讨论。

李坚毅与卫邦公司于2013年4月17日解除劳动关系。李坚毅于2013年7月12日向国家知识产权局申请名称为“静脉用药自动配制设备和摆动型转盘式配药装置”、专利号为201310293690.X的发明专利（以下简称涉案专利）。李坚毅为涉案专利唯一的发明人。涉案专利技术方案的主要内容是采用机器人完成静脉注射用药配制过程的配药装置。李坚毅于2016年2月5日将涉案专利权转移至其控股的深圳市远程智能设备有限公司（以下简称远程公司）。李坚毅在入职卫邦公司前，并无从事与医疗器械、设备相关的行业从业经验或学历证明。

卫邦公司于2016年12月8日向一审法院提起诉讼，请求：1. 确认涉案专利的发明专利权归卫邦公司所有；2. 判令李坚毅、远程公司共同承担卫邦公司为维权所支付的合

理开支30000元，并共同承担诉讼费。

裁判结果：广东省深圳市中级人民法院于2018年6月8日作出（2016）粤 03 民初 2829 号民事判决：一、确认卫邦公司为涉案专利的专利权人；二、李坚毅、远程公司共同向卫邦公司支付合理支出 3万元。一审宣判后，李坚毅、远程公司不服，向广东省高级人民法院提起上诉。广东省高级人民法院于2019年1月28日作出（2018）粤民终 2262号民事判决：驳回上诉，维持原判。李坚毅、远程公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2019年12月30日作出（2019）最高法民申6342号民事裁定，驳回李坚毅和远程公司的再审申请。

裁判理由：最高人民法院认为：本案的争议焦点为涉案专利是否属于李坚毅在卫邦公司工作期间的职务发明创造。

专利法第六条规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位。”专利法实施细则第十二条第一款第三项进一步规定：“退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造属于职务发明创造。”

发明创造是复杂的智力劳动，离不开必要的资金、技术和研发人员等资源的投入或支持，并承担相应的风险。在涉及与离职员工有关的职务发明创造的认定时，既要维护原单位对确属职务发明创造的科学技术成果享有的合法权利，鼓励和支持创新驱动发展，同时也不宜将专利法实施细则第十二条第一款第三项规定的“有关的发明创造”作过于宽泛的解释，导致在没有法律明确规定或者竞业限制协议等合同约定的情况下，不适当地限制研发人员的正常流动，或者限制研发人员在新的单位合法参与或开展新的技术研发活动。因此，在判断涉案发明创造是否属于专利法实施细则第十二条第一款第三项规定的“有关的发明创造”时，应注重维护原单位、离职员工以及离职员工新任职单位之间的利益平衡，综合考虑以下因素：一是离职员工在原单位承担的本职工作或原单位分配的任务的具体内容，包括工作职责、权限，能够接触、控制、获取的与涉案专利有关的技术信息等。二是涉案专利的具体情况，包括其技术领域，解决的技术问题，发明目的和技术效果，权利要求限定的保护范围，涉案专利相对于现有技术的“实质性特点”等，以及涉案专利与本职工作或原单位分配任务的相互关系。三是原单位是否开展了与涉案专利有关的技术研发活动，或者是否对有关技术具有合法的来源。四是涉案专利（申请）的权利人、发明人能否对于涉案专利的研发过程或者技术来源作出合理解释，相关因素包括涉案专利技术方案的复杂程度，需要的

研发投入，以及权利人、发明人是否具有相应的知识、经验、技能或物质技术条件，是否有证据证明其开展了有关研发活动等。

结合本案一、二审法院查明的有关事实以及再审申请人提交的有关证据，围绕前述四个方面的因素，就本案争议焦点认定如下：

首先，关于李坚毅在卫邦公司任职期间承担的本职工作或分配任务的具体内容。第一，李坚毅于卫邦公司任职期间担任生产制造总监，直接从事配药设备和配药装置的研发管理等工作。其在再审申请书中，也认可其从事了“研发管理工作”。第二，李坚毅在卫邦公司任职期间，曾以部门经理名义，在研发部门采购申请表上签字，并在多份与涉案专利技术密切相关且加盖有“受控文件”的技术图纸审核栏处签字。第三，李坚毅多次参与卫邦公司内部与用药自动配药设备和配药装置技术研发有关的会议或讨论，还通过电子邮件接收研发测试情况汇报，安排测试工作，并对研发测试提出相应要求。综上，根据李坚毅在卫邦公司任职期间承担的本职工作或分配的任务，其能够直接接触、控制、获取卫邦公司内部与用药自动配制设备和配药装置技术研发密切相关的技术信息，且这些信息并非本领域普通的知识、经验或技能。因此，李坚毅在卫邦公司承担的本职工作或分配的任务与涉案专利技术密切相关。对于李坚毅有关其仅仅是进行研发管理，没有参与卫邦公司有关静脉配药装置的研发工作，卫邦公司的相关证据都不是真正涉及研发的必要文件等相关申请再审理由，本院均不予支持。

其次，关于涉案专利的具体情况及其与李坚毅的本职工作或分配任务的相互关系。第一，涉案专利涉及“静脉用药自动配制设备和摆动型转盘式配药装置”，其针对的技术问题是：“1. 药剂师双手的劳动强度很大，只能进行短时间的工作；2. 由于各药剂师技能不同、配药地点也不能强制固定，造成所配制的药剂药性不稳定；3. 化疗药剂对药剂师健康危害较大。”实现的技术效果是：“本发明采用机器人完成静脉注射用药的整个配制过程，采用机电一体化来控制配制的药剂量准确，提高了药剂配制质量；医务人员仅需要将预先的药瓶装入转盘工作盘和母液架，最后将配制好的母液瓶取下，极大地减少了医务人员双手的劳动强度；对人体有害的用药配制（比如化疗用药），由于药剂师可以不直接接触药瓶，采用隔离工具对药瓶进行装夹和取出，可以很大程度地减少化疗药液对人体的健康损害。”在涉案专利授权公告的权利要求1中，主要包括底座、转盘工作台、若干个用于固定药瓶的药瓶夹、具座、转盘座、转盘传动机构和转盘电机、近后侧的转盘工作台两边分别设有背光源和视觉传感器、机器人、夹具体、输液泵、输液管、针具固定座、针具夹头、前后摆动板、升降机构等部件。第二，卫邦公司于2012年9月4日申请的473专利的名称为“自动化配药系统的配药方法和自动化配药系统”，其针对的技术问题是：“医院中配制药物的方式均通过医护人

员手工操作。……操作时医护人员工作强度高，而且有的药物具有毒性，对医护人员的安全有着较大的威胁。” 发明目的是：“在于克服上述现有技术的不足，提供一种自动化配药系统的配药方法和自动化配药系统，其可实现自动配药，医护人员无需手动配制药液，大大降低了医护人员的劳动强度，有利于保障医护人员的健康安全。” 实现的技术效果是：“提供一种自动化配药系统的配药方法和自动化配药系统，其可快速完成多组药液的配制，提高了配药的效率，大大降低了医护人员的劳动强度，有利于保障医护人员的健康安全。” 473专利的说明书中，还公开了“药液输入摇匀装置”“卡夹部件”“输液软管装填移栽及药液分配装置”“用于折断安瓿瓶的断瓶装置”“母液瓶夹持装置”“母液瓶”“可一次容纳多个药瓶的输入转盘”等部件的具体结构和附图。将涉案专利与卫邦公司的473专利相比，二者解决的技术问题、发明目的、技术效果基本一致，二者技术方案高度关联。二审法院结合涉案专利的审查意见、引证专利检索，认定473专利属于可单独影响涉案专利权利要求的新颖性或创造性的文件，并无不当。第三，在卫邦公司提供的与李坚毅的本职工作有关的图纸中，涉及“输入模块新盖”“沙窝复合针装配”“蠕动泵输液针”“蠕动泵上盖连接板实验”“装配体”“左夹爪”“右夹爪”“机械手夹爪1”“机械手夹爪2”等与涉案专利密切相关的部件，相关图纸上均加盖“受控文件”章，在“审核”栏处均有李坚毅的签字。第四，在李坚毅与卫邦公司有关工作人员的往来电子邮件中，讨论的内容直接涉及转盘抱爪、母液上料方案、安瓿瓶掰断测试等与涉案专利技术方案的研发活动。综上，涉案专利与李坚毅在卫邦公司承担的本职工作或分配的任务密切相关。

再次，卫邦公司在静脉用药自动配制设备领域的技术研发是持续进行的。卫邦公司成立于2002年，经营范围包括医院静脉配液系列机器人产品及配液中心相关配套设备的研发、制造、销售及售后服务。其在2010年2月至2016年7月期间先后申请了60余项涉及医疗设备、方法及系统的专利，其中44项专利是在李坚毅入职卫邦公司前申请，且有多项专利涉及自动配药装置。因此，对于李坚毅主张卫邦公司在其入职前已经完成了静脉配药装置研发工作，涉案专利不属于职务发明创造的相关申请再审理由，本院不予支持。

最后，关于李坚毅、远程公司能否对涉案专利的研发过程或者技术来源作出合理解释。根据涉案专利说明书，涉案专利涉及“静脉用药自动配制设备和摆动型转盘式配药装置”，共有13页附图，约60个部件，技术方案复杂，研发难度大。李坚毅作为涉案专利唯一的发明人，在离职卫邦公司后不到3个月即以个人名义单独申请涉案专利，且不能对技术研发过程或者技术来源做出合理说明，不符合常理。而且，根据二审法院的认定，以及李坚毅一审提交的专利搜索网页打印件及自制专利状况汇总表，李坚

毅作为发明人，最早于2013年7月12日申请了涉案专利以及201320416724.5号“静脉用药自动配制设备和采用视觉传感器的配药装置”实用新型专利，而在此之前，本案证据不能证明李坚毅具有能够独立研发涉案专利技术方案的知识水平和能力。

综上，综合考虑本案相关事实以及李坚毅、远程公司再审中提交的有关证据，一、二审法院认定涉案专利属于李坚毅在卫邦公司工作期间的职务发明创造并无不当。李坚毅、远程公司的申请再审理由均不能成立。（生效裁判审判人员：杜微科、吴蓉、张玲玲）

3. 指导案例159号：深圳敦骏科技有限公司诉深圳市吉祥腾达科技有限公司等侵害发明专利权纠纷案（最高人民法院审判委员会讨论通过 2021年7月23日发布）

关键词：民事/侵害发明专利权/多主体实施的方法专利/侵权损害赔偿计算/举证责任/专利技术贡献度

裁判要点：1. 如果被诉侵权行为人以生产经营为目的，将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中，该行为或者行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用，终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程，则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法，侵害了专利权人的权利。

2. 专利权人主张以侵权获利计算损害赔偿数额且对侵权规模事实已经完成初步举证，被诉侵权人无正当理由拒不提供有关侵权规模事实的相应证据材料，导致用于计算侵权获利的基础事实无法确定的，对被诉侵权人提出的应考虑涉案专利对其侵权获利的贡献度的抗辩，人民法院可以不予支持。

相关法条：《中华人民共和国专利法》（2020年修正）第1条、第11条第1款、第64条第1款（本案适用的是2008年修正的《中华人民共和国专利法》第1条、第11条第1款、第59条第1款）

基本案情：原告深圳敦骏科技有限公司（以下简称敦骏公司）诉称：深圳市吉祥腾达科技有限公司（以下简称腾达公司）未经许可制造、许诺销售、销售，济南历下弘康电子产品经营部（以下简称弘康经营部）、济南历下昊威电子产品经营部（以下简称昊威经营部）未经许可销售的多款商用无线路由器（以下简称被诉侵权产品）落入其享有的名称为“一种简易访问网络运营商门户网站的方法”（专利号为ZL02123502.3，以下简称涉案专利）发明专利的专利权保护范围，请求判令腾达公司、弘康经营部、昊威经营部停止侵权，赔偿损失及制止侵权的合理开支共计500万元。

被告腾达公司辩称：1. 涉案专利、被诉侵权产品访问任意网站时实现定向的方式

不同，访问的过程亦不等同，腾达公司没有侵害敦骏公司的涉案专利权。并且，涉案专利保护的是一种网络接入认证方法，腾达公司仅是制造了被诉侵权产品，但并未使用涉案专利保护的技术方案，故其制造并销售被诉侵权产品的行为并不构成专利侵权；2. 敦骏公司诉请的赔偿数额过高且缺乏事实及法律依据，在赔偿额计算中应当考虑专利的技术贡献度、涉案专利技术存在替代方案等。

弘康经营部、昊威经营部共同辩称：其所销售的被诉侵权产品是从代理商处合法进货的，其不是被诉侵权产品的生产者，不应承担责任。

法院经审理查明：敦骏公司明确以涉案专利的权利要求1和2为依据主张权利，其内容为：1. 一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于包括以下处理步骤：A. 接入服务器底层硬件对门户业务用户设备未通过认证前的第一个上行HTTP报文，直接提交给“虚拟Web服务器”，该“虚拟Web服务器”功能由接入服务器高层软件的“虚拟Web服务器”模块实现；B. 由该“虚拟Web服务器”虚拟成用户要访问的网站与门户业务用户设备建立TCP连接，“虚拟Web服务器”向接入服务器底层硬件返回含有重定向信息的报文，再由接入服务器底层硬件按正常的转发流程向门户业务用户设备发一个重定向到真正门户网站Portal_Server的报文；C. 收到重定向报文后的门户业务用户设备的浏览器自动发起对真正门户网站Portal_Server的访问。2. 根据权利要求1所述的一种简易访问网络运营商门户网站的方法，其特征在于：所述的步骤A，由门户业务用户在浏览器上输入任何正确的域名、IP地址或任何的数字，形成上行IP报文；所述的步骤B，由“虚拟Web服务器”虚拟成该IP报文的IP地址的网站。

敦骏公司通过公证购买方式从弘康经营部、昊威经营部购得“Tenda路由器W15E”“Tenda路由器W20E增强型”各一个，并在公证人员的监督下对“Tenda路由器W15E”访问网络运营商门户网站的过程进行了技术演示，演示结果表明使用“Tenda路由器W15E”过程中具有与涉案专利权利要求1和2相对应的方法步骤。

被诉侵权产品在京东商城官方旗舰店、“天猫”网站腾达旗舰店均有销售，且销量巨大。京东商城官方旗舰店网页显示有“腾达（Tenda）W15E”路由器的图片、京东价199元、累计评价1万+，“腾达（Tenda）W20E”路由器、京东价399元、累计评价1万+，“腾达（Tenda）G1”路由器、京东价359元、累计评价1万+等信息。“天猫”网站腾达旗舰店网页显示有“腾达（Tenda）W15E”路由器的图片、促销价179元、月销量433、累计评价4342、安装说明、技术支持等信息。

2018年12月13日，一审法院依法作出通知书，主要内容为：限令腾达公司10日内向一审法院提交自2015年7月2日以来，关于涉案“路由器”产品生产、销售情况的完

整资料和完整的财务账簿。逾期不提交，将承担相应的法律责任。但至二审判决作出时，腾达公司并未提交相关证据。

裁判结果：山东省济南市中级人民法院于2019年5月6日作出（2018）鲁01民初1481号民事判决：一、腾达公司立即停止制造、许诺销售、销售涉案的路由器产品；二、弘康经营部、昊威经营部立即停止销售涉案的路由器产品；三、腾达公司于判决生效之日起十日内赔偿敦骏公司经济损失及合理费用共计500万元；四、驳回敦骏公司的其他诉讼请求。一审案件受理费46800元，由腾达公司负担。宣判后，腾达公司向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于2019年12月6日作出（2019）最高法知民终147号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由：最高人民法院认为：本案焦点问题包括三个方面：

一、关于被诉侵权产品使用过程是否落入涉案专利权利要求的保护范围

首先，涉案专利权利要求1中的“第一个上行HTTP报文”不应解释为用户设备与其要访问的实际网站建立TCP“三次握手”连接过程中的第一个报文，而应当解释为未通过认证的用户设备向接入服务器发送的第一个上行HTTP报文。其次，根据对被诉侵权产品进行的公证测试结果，被诉侵权产品的强制Portal过程与涉案专利权利要求1和2所限定步骤方法相同，三款被诉侵权产品在“Web认证开启”模式下的使用过程，全部落入涉案专利权利要求1和2的保护范围。

二、关于腾达公司的被诉侵权行为是否构成侵权

针对网络通信领域方法的专利侵权判定，应当充分考虑该领域的特点，充分尊重该领域的创新与发展规律，以确保专利权人的合法权利得到实质性保护，实现该行业的可持续创新和公平竞争。如果被诉侵权行为人以生产经营为目的，将专利方法的实质内容固化在被诉侵权产品中，该行为或者行为结果对专利权利要求的技术特征被全面覆盖起到了不可替代的实质性作用，也即终端用户在正常使用该被诉侵权产品时就能自然再现该专利方法过程的，则应认定被诉侵权行为人实施了该专利方法，侵害了专利权人的权利。本案中：1. 腾达公司虽未实施涉案专利方法，但其以生产经营为目的制造、许诺销售、销售的被诉侵权产品，具备可直接实施专利方法的功能，在终端网络用户利用被诉侵权产品完整再现涉案专利方法的过程中，发挥着不可替代的实质性作用。2. 腾达公司从制造、许诺销售、销售被诉侵权产品的行为中获得不当利益与涉案专利存在密切关联。3. 因终端网络用户利用被诉侵权产品实施涉案专利方法的行为并不构成法律意义上的侵权行为，专利权人创新投入无法从直接实施专利方法的终端网络用户处获得应有回报，如专利权人的利益无法得到补偿，必将导致研发创新活

动难以为继。另一方面，如前所述，腾达公司却因涉案专利获得了原本属于专利权人的利益，利益分配严重失衡，有失公平。综合以上因素，在本案的情形下，应当认定腾达公司制造、许诺销售、销售被诉侵权产品的行为具有侵权性质并应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。

三、关于一审判决确定的赔偿数额是否适当

专利权人主张以侵权获利确定赔偿额的，侵权规模即为损害赔偿计算的基础事实。专利权人对此项基础事实承担初步举证责任。在专利权人已经完成初步举证，被诉侵权人无正当理由拒不提供有关侵权规模基础事实的相应证据材料的情况下，对其提出的应考虑涉案专利对其侵权获利的贡献率等抗辩理由可不予考虑。具体到本案中：1. 敦骏公司主张依照侵权人因侵权获利计算赔偿额，并在一审中提交了腾达公司分别在京东网和天猫网的官方旗舰店销售被诉侵权产品数量、售价的证据，鉴于该销售数量和价格均来源于腾达公司自己在正规电商平台的官方旗舰店，数据较为可信，腾达公司虽指出将累计评价作为销量存在重复计算和虚报的可能性，但并未提交确切证据，且考虑到敦骏公司就此项事实的举证能力，应当认定敦骏公司已就侵权规模的基础事实完成了初步举证责任。2. 敦骏公司在一审中，依据其已提交的侵权规模的初步证据，申请腾达公司提交与被诉侵权产品相关的财务账簿、资料等，一审法院也根据本案实际情况，依法责令腾达公司提交能够反映被诉侵权产品生产、销售情况的完整的财务账簿资料等证据，但腾达公司并未提交。在一审法院因此适用相关司法解释对敦骏公司的500万元高额赔偿予以全额支持、且二审中腾达公司就此提出异议的情况下，其仍然未提交相关的财务账簿等资料。由于本案腾达公司并不存在无法提交其所掌握的与侵权规模有关证据的客观障碍，故应认定腾达公司并未就侵权规模的基础事实完成最终举证责任。3. 根据现有证据，有合理理由相信，被诉侵权产品的实际销售数量远超敦骏公司所主张的数量。综上，在侵权事实较为清楚、且已有证据显示腾达公司实际侵权规模已远大于敦骏公司所主张赔偿的范围时，腾达公司如对一审法院确定的全额赔偿持有异议，应先就敦骏公司计算赔偿所依据的基础事实是否客观准确进行实质性抗辩，而不能避开侵权规模的基础事实不谈，另行主张专利技术贡献度等其他抗辩事由，据此对腾达公司二审中关于一审确定赔偿额过高的各项抗辩主张均不予理涉。

（生效裁判审判人员：朱理、傅蕾、张晓阳）

4. 指导案例160号蔡新光诉广州市润平商业有限公司侵害植物新品种权纠纷案（最高人民法院审判委员会讨论通过 2021年7月23日发布）

关键词：民事/侵害植物新品种权/保护范围/繁殖材料/收获材料

裁判要点：1. 授权品种的繁殖材料是植物新品种权的保护范围，是品种权人行使排他独占权的基础。授权品种的保护范围不限于申请品种权时所采取的特定方式获得的繁殖材料，即使不同于植物新品种权授权阶段育种者所普遍使用的繁殖材料，其他植物材料可用于授权品种繁殖材料的，亦应当纳入植物新品种权的保护范围。

2. 植物材料被认定为某一授权品种的繁殖材料，必须同时满足以下要件：属于活体，具有繁殖能力，并且繁殖出的新个体与该授权品种的特征特性相同。植物材料仅可以用作收获材料而不能用作繁殖材料的，不属于植物新品种权保护的范畴。

相关法条：《中华人民共和国种子法》第28条、《中华人民共和国植物新品种保护条例》第6条

基本案情：蔡新光于2009年11月10日申请“三红蜜柚”植物新品种权，于2014年1月1日获准授权，品种权号为CNA20090677.9，保护期限为20年。农业农村部植物新品种保护办公室作出的《农业植物新品种DUS测试现场考察报告》载明，品种暂定名称三红蜜柚，植物种类柑橘属，品种类型为无性繁殖，田间考察结果载明，申请品种在白皮层颜色为粉红，近似品种为白，具备特异性。考察结论为该申请品种具备特异性、一致性。所附照片载明，三红蜜柚果面颜色暗红、白皮层颜色粉红、果肉颜色紫，红肉蜜柚果面颜色黄绿、白皮层颜色白、果肉颜色红。以上事实有《植物新品种权证书》、植物新品种权年费缴费收据、《意见陈述书》《品种权申请请求书》《说明书》《著录项目变更申报书》《农业植物新品种DUS测试现场考察报告》等证据予以佐证。

蔡新光于2018年3月23日向广州知识产权法院提起诉讼，主张广州市润平商业有限公司（以下简称润平公司）连续大量销售“三红蜜柚”果实，侵害其获得的品种名称为“三红蜜柚”的植物新品种权。

润平公司辩称其所售被诉侵权蜜柚果实有合法来源，提供了甲方昆山润华商业有限公司广州黄埔分公司（以下简称润华黄埔公司）与乙方江山市森南食品有限公司（以下简称森南公司）签订的合同书，润华黄埔公司与森南公司于2017年7月18日签订2017年度商业合作条款，合同有条款第六条第五款载明，在本合同签订日，双方已合作的有6家门店，包括润平公司。2018年1月8日，森南公司向润华黄埔公司开具发票以及销售货物或者提供应税劳务、服务清单，清单载明货物包括三红蜜柚650公斤。森南公司营业执照副本载明，森南公司为有限责任公司，成立于2013年2月22日，注册资本500万元，经营范围为预包装食品批发、零售；水果、蔬菜销售。森南公司《食品经营许可证》载明，经营项目为预包装食品销售；散装食品销售。该许可证有效期至2021年8月10日。

裁判结果：广州知识产权法院于2019年1月3日作出（2018）粤73民初732号民事判决，驳回蔡新光诉讼请求。宣判后，蔡新光不服，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院于2019年12月10日作出（2019）最高法知民终14号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由：最高人民法院认为：本案主要争议问题为润平公司销售被诉侵权蜜柚果实的行为是否构成对蔡新光三红蜜柚植物新品种权的侵害，其中，判断三红蜜柚植物新品种权的保护范围是本案的焦点。

本案中，虽然蔡新光在申请三红蜜柚植物新品种权时提交的是采用以嫁接方式获得的繁殖材料枝条，但并不意味着三红蜜柚植物新品种权的保护范围仅包括以嫁接方式获得的该繁殖材料，以其他方式获得的枝条也属于该品种的繁殖材料。随着科学技术的发展，不同于植物新品种权授权阶段繁殖材料的植物体也可能成为育种者选用的种植材料，即除枝条以外的其他种植材料也可能被育种者们普遍使用，在此情况下，该种植材料作为授权品种的繁殖材料，应当纳入植物新品种权的保护范围。原审判决认为侵权繁殖材料的繁育方式应当与该品种育种时所使用的材料以及繁育方式一一对应，认为将不同于获取品种权最初繁育方式的繁殖材料纳入到植物新品种权的保护范围，与权利人申请新品种权过程中应当享有的权利失衡。该认定将申请植物新品种权时的繁育方式作为授权品种保护的依据，限制了植物新品种权的保护范围，缩小了植物新品种权人的合法权益，应当予以纠正。

我国相关法律、行政法规以及规章对繁殖材料进行了列举，但是对于某一具体品种如何判定植物体的哪些部分为繁殖材料，并未明确规定。判断是否为某一授权品种的繁殖材料，在生物学上必须同时满足以下条件：其属于活体，具有繁殖的能力，并且繁殖出的新个体与该授权品种的特征特性相同。被诉侵权蜜柚果实是否为三红蜜柚品种的繁殖材料，不仅需要判断该果实是否具有繁殖能力，还需要判断该果实繁殖出的新个体是否具有果面颜色暗红、果肉颜色紫、白皮层颜色粉红的形态特征，如果不具有该授权品种的特征特性，则不属于三红蜜柚品种权所保护的繁殖材料。

对于三红蜜柚果实能否作为繁殖材料，经审查，即便专门的科研单位，也难以通过三红蜜柚果实的籽粒繁育出蜜柚种苗。二审庭审中，蔡新光所请的专家辅助人称，柚子单胚，容易变异，该品种通过枝条、芽条、砧木或者分株进行繁殖，三红蜜柚果实有无籽粒以及籽粒是否退化具有不确定性。综合本案品种的具体情况，本案被诉侵权蜜柚果实的籽粒及其汁胞均不具备繁殖授权品种三红蜜柚的能力，不属于三红蜜柚品种的繁殖材料。被诉侵权蜜柚果实是收获材料而非繁殖材料，不属于植物新品种权

保护的範圍。如果目前在本案中將收穫材料納入植物新品種權的保護範圍，有違種子法、植物新品種保護條例以及《最高人民法院關於審理侵犯植物新品種權糾紛案件具體應用法律問題的若干規定》的相關規定。

另外，植物體的不同部分可能有着多種不同的使用用途，可作繁殖目的進行生產，也可用於直接消費或觀賞，同一植物材料有可能既是繁殖材料也是收穫材料。對於既可作繁殖材料又可作收穫材料的植物體，在侵權糾紛中能否認定為是繁殖材料，應當審查銷售者銷售被訴侵權植物體的真实意圖，即其意圖是將該材料作為繁殖材料銷售還是作為收穫材料銷售；對於使用者抗辯其屬於使用行為而非生產行為，應當審查使用者的實際使用行為，即是將該收穫材料直接用於消費還是將其用於繁殖授權品種。

綜上所述，蔡新光關於被訴侵權蜜柚果實為三紅蜜柚的繁殖材料、潤平公司銷售行為構成侵權的上訴主張不能成立，應予駁回。（生效裁判審判人員：周翔、羅霞、焦彥）

5. 指導案例161號：廣州王老吉大健康產業有限公司訴加多寶（中國）飲料有限公司虛假宣傳糾紛案（最高人民法院審判委員會討論通過 2021年7月23日發布）

關鍵詞：民事/反不正當競爭/虛假宣傳/廣告語/引人誤解/不正當占用商譽

裁判要點：人民法庭認定廣告是否構成反不正當競爭法規定的虛假宣傳行為，應結合相關廣告語的內容是否有歧義，是否易使相關公眾產生誤解以及行為人是否有虛假宣傳的過錯等因素判斷。一方當事人基於雙方曾經的商標使用許可合同關係以及自身為提升相關商標商譽所做出的貢獻等因素，發布涉案廣告語，告知消費者基本事實，符合客觀情況，不存在易使相關公眾誤解的可能，也不存在不正當地占用相關商標的知名度和良好商譽的過錯，不構成反不正當競爭法規定的虛假宣傳行為。

相關法條：《中華人民共和國反不正當競爭法》（2019年修正）第8條第1款（本案適用的是1993年施行的《中華人民共和國反不正當競爭法》第9條第1款）

基本案情：廣州醫藥集團有限公司（以下簡稱廣藥集團）是第626155號、3980709號、9095940號“王老吉”系列註冊商標的商標權人。上述商標核定使用的商品種類均為第32類：包括無酒精飲料、果汁、植物飲料等。1995年3月28日、9月14日，鴻道集團有限公司（以下簡稱鴻道集團）與廣州羊城藥業股份有限公司王老吉食品飲料分公司分別簽訂《商標使用許可合同》和《商標使用許可合同補充協議》，取得獨家使用第626155號商標生產銷售帶有“王老吉”三個字的紅色紙包裝和罐裝清涼茶飲料的使用權。1997年6月14日，陳鴻道被國家專利局授予《外觀設計專利證書》，獲得外觀設

计名称为“罐帖”的“王老吉”外观设计专利。2000年5月2日，广药集团（许可人）与鸿道集团（被许可人）签订《商标许可协议》，约定许可人授权被许可人使用第626155号“王老吉”注册商标生产销售红色罐装及红色瓶装王老吉凉茶。被许可人未经许可人书面同意，不得将该商标再许可其他第三者使用，但属被许可人投资（包括全资或合资）的企业使用该商标时，不在此限，但需知会许可人；许可人除自身及其下属企业已生产销售的绿色纸包装“王老吉”清凉茶外，许可人不得在第32类商品（饮料类）上使用“王老吉”商标或授权第三者使用“王老吉”商标，双方约定许可的性质为独占许可，许可期限自2000年5月2日至2010年5月2日止。1998年9月，鸿道集团投资成立东莞加多宝食品饮料有限公司，后更名为广东加多宝饮料食品有限公司。加多宝（中国）饮料有限公司（以下简称加多宝中国公司）成立于2004年3月，属于加多宝集团关联企业。

此后，通过鸿道集团及其关联公司长期多渠道的营销、公益活动和广告宣传，培育红罐“王老吉”凉茶品牌，并获得众多荣誉，如罐装“王老吉”凉茶饮料在2003年被广东省佛山市中级人民法院认定为知名商品，“王老吉”罐装凉茶的装潢被认定为知名商品包装装潢；罐装“王老吉”凉茶多次被有关行业协会等评为“最具影响力品牌”；根据中国行业企业信息发布中心的证明，罐装“王老吉”凉茶在2007-2012年度均获得市场销量或销售额的第一名等等。加多宝中国公司成立后开始使用前述“王老吉”商标生产红色罐装凉茶（罐身对称两面从上至下印有“王老吉”商标）。

2012年5月9日，中国国际经济贸易仲裁委员会对广药集团与鸿道集团之间的商标许可合同纠纷作出终局裁决：（一）《“王老吉”商标许可补充协议》和《关于“王老吉”商标使用许可合同的补充协议》无效；（二）鸿道集团停止使用“王老吉”商标。

2012年5月25日，广药集团与广州王老吉大健康产业有限公司（以下简称大健康公司）签订《商标使用许可合同》，许可大健康公司使用第3980709号“王老吉”商标。大健康公司在2012年6月份左右，开始生产“王老吉”红色罐装凉茶。

2013年3月，大健康公司在重庆市几处超市分别购买到外包装印有“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”字样广告语的“加多宝”红罐凉茶产品及标有“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”字样广告语的手提袋。根据重庆市公证处（2013）渝证字第17516号公证书载明，在“www.womai.com”中粮我买网网站上，有“加多宝”红罐凉茶产品销售，在销售页面上，有“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”字样的广告宣传。根据（2013）渝证字第20363号公证书载明，在央视网广告频道VIP品牌俱乐

部中，亦印有“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”字样的“加多宝”红罐凉茶产品的广告宣传。2012年5月16日，人民网食品频道以“红罐王老吉改名‘加多宝’配方工艺均不变”为题做了报道。2012年5月18日，搜狐新闻以“红罐王老吉改名加多宝”为题做了报道。2012年5月23日，中国食品报电子版以“加多宝就是以前的王老吉”为题做了报道；同日，网易新闻也以“红罐‘王老吉’正式更名‘加多宝’”为题做了报道，并标注信息来源于《北京晚报》。2012年6月1日，《中国青年报》以“加多宝凉茶全国上市红罐王老吉正式改名”为题做了报道。

大健康公司认为，上述广告内容与客观事实不符，使消费者形成错误认识，请求确认加多宝中国公司发布的包含涉案广告词的广告构成反不正当竞争法规定的不正当竞争，系虚假宣传，并判令立即停止发布包含涉案广告语或与之相似的广告词的电视、网络、报纸和杂志等媒体广告等。

裁判结果：重庆市第五中级人民法院于2014年6月26日作出（2013）渝五中法民初字第00345号民事判决：一、确认被告加多宝中国公司发布的包含“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”广告词的宣传行为构成不正当竞争虚假宣传行为；二、被告加多宝中国公司立即停止使用并销毁、删除和撤换包含“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”广告词的产品包装和电视、网络、视频及平面媒体广告；三、被告加多宝中国公司在本判决生效后十日内在《重庆日报》上公开发表声明以消除影响（声明内容须经本院审核）；四、被告加多宝中国公司在本判决生效后十日内赔偿原告大健康公司经济损失及合理开支40万元；五、驳回原告大健康公司的其他诉讼请求。宣判后，加多宝中国公司和大健康公司提出上诉。重庆市高级人民法院于2015年12月15日作出（2014）渝高法民终字第00318号民事判决，驳回上诉，维持原判。加多宝中国公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2019年5月28日作出（2017）最高法民再151号民事判决：一、撤销重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第00318号民事判决；二、撤销重庆市第五中级人民法院（2013）渝五中法民初字第00345号民事判决；三、驳回大健康公司的诉讼请求。

裁判理由：最高人民法院认为，加多宝中国公司使用“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”广告语的行为是否构成虚假宣传，需要结合具体案情，根据日常生活经验，以相关公众的一般注意力，判断涉案广告语是否片面、是否有歧义，是否易使相关公众产生误解。

首先，从涉案广告语的含义看，加多宝中国公司对涉案广告语“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”的描述和宣传是真实和符合客观事实的。根据查明的事实，鸿

道集团自1995年取得“王老吉”商标的许可使用权后独家生产销售“王老吉”红罐凉茶，直到2012年5月9日中国国际经济贸易仲裁委员会对广药集团与鸿道集团之间的商标许可合同作出仲裁裁决，鸿道集团停止使用“王老吉”商标，在长达十七年的时间内加多宝中国公司及其关联公司作为“王老吉”商标的被许可使用人，通过多年的广告宣传和品牌使用，已经使“王老吉”红罐凉茶在凉茶市场具有很高知名度和美誉度。根据中国行业企业信息发布中心的证明，罐装“王老吉”凉茶在2007—2012年度，均获得市场销量或销售额的第一名。而在“王老吉”商标许可使用期间，广药集团并不生产和销售“王老吉”红罐凉茶。因此，涉案广告语前半部分“全国销量领先的红罐凉茶”的描述与统计结论相吻合，不存在虚假情形，且其指向性也非常明确，指向的是加多宝中国公司及其关联公司生产和销售的“王老吉”红罐凉茶。2012年5月9日，“王老吉”商标许可协议被中国国际经济贸易仲裁委员会裁决无效，加多宝中国公司及其关联公司开始生产“加多宝”红罐凉茶，因此在涉案广告语后半部分宣称“改名加多宝”也是客观事实的描述。

其次，从反不正当竞争法规制虚假宣传的目的看，反不正当竞争法是通过制止对商品或者服务的虚假宣传行为，维护公平的市场竞争秩序。一方面，从不正当竞争行为人的角度分析，侵权人通过对产品或服务的虚假宣传，如对产地、性能、用途、生产期限、生产者等不真实或片面的宣传，获取市场竞争优势和市场机会，损害权利人的利益；另一方面，从消费者角度分析，正是由于侵权人对商品或服务的虚假宣传，使消费者发生误认误购，损害权利人的利益。因此，反不正当竞争法上的虚假宣传立足点在于引人误解的虚假宣传，如果对商品或服务的宣传并不会使相关公众产生误解，则不是反不正当竞争法上规制的虚假宣传行为。本案中，在商标使用许可期间，加多宝中国公司及其关联公司通过多年持续、大规模的宣传使用行为，不仅显著提升了王老吉红罐凉茶的知名度，而且向消费者传递王老吉红罐凉茶的实际经营主体为加多宝中国公司及其关联公司。由于加多宝中国公司及其关联公司在商标许可使用期间生产“王老吉”红罐凉茶已经具有很高知名度，相关公众普遍认知的是加多宝中国公司生产的“王老吉”红罐凉茶，而不是大健康公司于2012年6月份左右生产和销售的“王老吉”红罐凉茶。在加多宝中国公司及其关联公司不再生产“王老吉”红罐凉茶后，加多宝中国公司使用涉案广告语实际上是向相关公众行使告知义务，告知相关公众以前的“王老吉”红罐凉茶现在商标已经为加多宝，否则相关公众反而会误认为大健康公司生产的“王老吉”红罐凉茶为原来加多宝中国公司生产的“王老吉”红罐凉茶。因此，加多宝中国公司使用涉案广告语不存在易使相关公众误认误购的可能性，反而没有涉案广告语的使用，相关公众会发生误认误购的可能性。

再次，涉案广告语“全国销量领先的红罐凉茶改名加多宝”是否不正当地完全占用了“王老吉”红罐凉茶的知名度和良好商誉，使“王老吉”红罐凉茶无形中失去了原来拥有的知名度和商誉，并使相关公众误认为“王老吉”商标已经停止使用或不再使用。其一，虽然“王老吉”商标知名度和良好声誉是广药集团作为商标所有人和加多宝中国公司及其关联公司共同宣传使用的结果，但是“王老吉”商标知名度的提升和巨大商誉却主要源于加多宝中国公司及其关联公司在商标许可使用期间大量的宣传使用。加多宝中国公司使用涉案广告语即便占用了“王老吉”商标的一部分商誉，但由于“王老吉”商标商誉主要源于加多宝中国公司及其关联公司的贡献，因此这种占用具有一定合理性。其二，广药集团收回“王老吉”商标后，开始授权许可大健康公司生产“王老吉”红罐凉茶，这种使用行为本身即已获得了王老吉商标商誉和美誉度。其三，2012年6月大健康公司开始生产“王老吉”红罐凉茶，因此消费者看到涉案广告语客观上并不会误认为“王老吉”商标已经停止使用或不再使用，凝结在“王老吉”红罐凉茶上的商誉在大健康公司生产“王老吉”红罐凉茶后，自然为大健康公司所享有。其四，大健康公司是在商标许可合同仲裁裁决无效后才开始生产“王老吉”红罐凉茶，此前其并不生产红罐凉茶，因此涉案广告语并不能使其生产的“王老吉”红罐凉茶无形中失去了原来拥有的知名度和商誉。

本案中，涉案广告语虽然没有完整反映商标许可使用期间以及商标许可合同终止后，加多宝中国公司为何使用、终止使用并变更商标的相关事实，确有不妥，但是加多宝中国公司在商标许可合同终止后，为保有在商标许可期间其对“王老吉”红罐凉茶商誉提升所做出的贡献而享有的权益，将“王老吉”红罐凉茶改名“加多宝”的基本事实向消费者告知，其主观上并无明显不当；在客观上，基于广告语的简短扼要特点，以及“王老吉”商标许可使用情况、加多宝中国公司及其关联公司对提升“王老吉”商标商誉所做出的巨大贡献，消费者对王老吉红罐凉茶实际经营主体的认知，结合消费者的一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况，加多宝中国公司使用涉案广告语并不产生引人误解的效果，并未损坏公平竞争的市场秩序和消费者的合法权益，不构成虚假宣传行为。即便部分消费者在看到涉案广告语后有可能会产生“王老吉”商标改为“加多宝”商标，原来的“王老吉”商标已经停止使用或不再使用的认知，也属于商标许可使用关系中商标控制人与实际使用人相分离后，尤其是商标许可关系终止后，相关市场可能产生混淆的后果，但该混淆的后果并不必然产生反不正当竞争法上的“引人误解”的效果。（生效裁判审判人员：王艳芳、钱小红、杜微科）

6. 指导案例162号：重庆江小白酒业有限公司诉国家知识产权局、第三人重庆市江津酒

厂（集团）有限公司商标权无效宣告行政纠纷案（最高人民法院审判委员会讨论通过2021年7月23日发布）

关键词：行政/商标权无效宣告/经销关系/被代理人的商标

裁判要点：当事人双方同时签订了销售合同和定制产品销售合同，虽然存在经销关系，但诉争商标图样、产品设计等均由代理人一方提出，且定制产品销售合同明确约定被代理人未经代理人授权不得使用定制产品的产品概念、广告用语等，在被代理人没有在先使用行为的情况下，不能认定诉争商标为商标法第十五条所指的“被代理人的商标”。

相关法条：《中华人民共和国商标法》第15条

基本案情：重庆江小白酒业有限公司（以下简称江小白公司）与国家知识产权局、重庆市江津酒厂（集团）有限公司（以下简称江津酒厂）商标权无效宣告行政纠纷案中，诉争商标系第10325554号“江小白”商标，于2011年12月19日由成都格尚广告有限责任公司申请注册，核定使用在第33类酒类商品上，经核准，权利人先后变更为四川新蓝图商贸有限公司（以下简称新蓝图公司）、江小白公司。

重庆市江津区糖酒有限责任公司（包括江津酒厂等关联单位）与新蓝图公司（包括下属各地子公司、办事处等关联单位）于2012年2月20日签订销售合同和定制产品销售合同。定制产品销售合同明确约定授权新蓝图公司销售的产品为“几江”牌系列酒定制产品，其中并未涉及“江小白”商标，而且定制产品销售合同第一条约定，“甲方（江津酒厂）授权乙方（新蓝图公司）为‘几江牌’江津老白干‘清香一、二、三号’系列超清纯系列、年份陈酿系列酒定制产品经销商”。第六条之2明确约定，“乙方负责产品概念的创意、产品的包装设计、广告宣传的策划和实施、产品的二级经销渠道招商和维护，甲方给予全力配合。乙方的产品概念、包装设计、广告图案、广告用语、市场推广策划方案，甲方应予以尊重，未经乙方授权，不得用于甲方直接销售或者甲方其它客户销售的产品上使用”。

2016年5月，江津酒厂针对诉争商标向原国家工商行政管理总局商标评审委员会（以下简称商标评审委员会）提出无效宣告请求。商标评审委员会认为，在诉争商标申请日之前，江小白公司对江津酒厂的“江小白”商标理应知晓，诉争商标的注册已构成2001年修正的商标法（以下简称2001年商标法）第十五条所指的不予注册并禁止使用之情形。故裁定对诉争商标予以宣告无效。江小白公司不服，提起行政诉讼。

裁判结果：北京知识产权法院于2017年12月25日作出（2017）京73行初1213号行

政判决：一、撤销商标评审委员会作出的商评字〔2016〕第117088号关于第10325554号“江小白”商标无效宣告请求裁定；二、商标评审委员会针对江津酒厂就第10325554号“江小白”商标提出的无效宣告请求重新作出裁定。商标评审委员会、江津酒厂不服，上诉至北京市高级人民法院。北京市高级人民法院于2018年11月22日作出（2018）京行终2122号行政判决：一、撤销北京知识产权法院（2017）京73行初1213号行政判决；二、驳回江小白公司的诉讼请求。江小白公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2019年12月26日作出（2019）最高法行再224号行政判决：一、撤销北京市高级人民法院（2018）京行终2122号行政判决；二、维持北京知识产权法院（2017）京73行初1213号行政判决。

裁判理由：最高人民法院认为，本案的主要争议焦点在于，诉争商标的申请注册是否违反2001年商标法第十五条的规定。2001年商标法第十五条规定：“未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。”代理人或者代表人不得申请注册的商标标志，不仅包括与被代理人或者被代表人商标相同的标志，也包括相近似的标志；不得申请注册的商品既包括与被代理人或者被代表人商标所使用的商品相同的商品，也包括类似的商品。本案中，江津酒厂主张，新蓝图公司是其经销商，新蓝图公司是为其设计诉争商标，其在先使用诉争商标，因此诉争商标的申请注册违反了2001年商标法第十五条规定。

首先，江津酒厂提供的证据不足以证明其在先使用诉争商标。江津酒厂主张其在先使用诉争商标的证据绝大多数为诉争商标申请日之后形成的证据，涉及诉争商标申请日之前相关行为的证据有江津酒厂与重庆森欧酒类销售有限公司（以下简称森欧公司）的销售合同、产品送货单、审计报告。江津酒厂与森欧公司的销售合同已经在诉争商标异议复审程序中提交，因未体现森欧公司的签章、缺乏发票等其他证据佐证而未被商标评审委员会采信。江津酒厂在本案中提交的销售合同虽然有森欧公司的公章，但该合同显示的签订时间早于工商档案显示的森欧公司的成立时间，而且江津酒厂也认可该合同签订时间系倒签。根据江小白公司提交的再审证据即北京盛唐司法鉴定所出具的笔迹鉴定意见，江津酒厂给森欧公司送货单上的制单人笔迹真实性存在疑点，且没有发票等其他证据佐证，故上述证据无法证明江津酒厂在先使用诉争商标。江津酒厂在一审法院开庭后提交了审计报告作为在先使用证据。但在缺少原始会计凭证的情况下，仅凭在后受江津酒厂委托制作的审计报告中提到“江小白”白酒，不足以证明江津酒厂在诉争商标申请日前使用了“江小白”。此外，江津酒厂提交的其于2012年2月15日与重庆宝兴玻璃制品有限公司签订的购买“我是江小白”瓶的合同金额为69

万元，远高于审计报告统计的销售额和销售毛利，也进一步表明无法认定审计报告的真实性的真实性。

其次，虽然江津酒厂与新蓝图公司存在经销关系，但双方的定制产品销售合同也同时约定定制产品的产品概念、广告用语等权利归新蓝图公司所有。在商标无效宣告和一、二审阶段，江津酒厂提供的证明其与新蓝图公司为经销关系的主要证据是双方于2012年2月20日签订的销售合同和定制产品销售合同。定制产品销售合同明确约定授权新蓝图公司销售的产品为“几江”牌系列酒定制产品，其中并未涉及“江小白”商标，而且定制产品销售合同明确约定，乙方（新蓝图公司）的产品概念、包装设计、广告图案、广告用语、市场推广策划方案，甲方（江津酒厂）应予以尊重，未经乙方授权，不得用于甲方直接销售或者甲方其它客户销售的产品上使用。综上，应当认为，江津酒厂对新蓝图公司定制产品上除“几江”外的产品概念、广告用语等内容不享有知识产权，亦说明新蓝图公司申请注册“江小白”商标未损害江津酒厂的权利。本案证据不足以证明诉争商标是江津酒厂的商标，因此仅根据上述证据尚不能认定诉争商标的申请注册违反了2001年商标法第十五条规定。

最后，江津酒厂与新蓝图公司合作期间的往来邮件等证据证明，“江小白”的名称及相关产品设计系由时任新蓝图公司的法定代表人陶石泉在先提出。根据江小白公司向法院提交的相关证据能够证明“江小白”及其相关产品设计是由陶石泉一方在先提出并提供给江津酒厂，而根据双方定制产品销售合同，产品概念及设计等权利属于新蓝图公司所有。现有证据不足以证明新蓝图公司是为江津酒厂设计商标。

综上，在诉争商标申请日前，“江小白”商标并非江津酒厂的商标，根据定制产品销售合同，江津酒厂对定制产品除其注册商标“几江”外的产品概念、广告用语等并不享有知识产权，新蓝图公司对诉争商标的申请注册并未侵害江津酒厂的合法权益，未违反2001年商标法第十五条规定。（生效裁判审判人员：秦元明、郎贵梅、马秀荣）

（来源：中华人民共和国最高人民法院网站<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-316271.html>）

国外特别关注

WIPO 成员国审议 2022-2023 两年期工作计划和预算

2021年7月12日，产权组织总干事邓鸿森向成员国介绍了WIPO未来五年的愿景，同时预测近期财务状况健康，并公布了有助于确保知识产权和产权组织的工作帮助全世界从2019冠状病毒病大流行中恢复的新举措。

邓先生在产权组织计划和预算委员会（PBC）上向代表们做了两场演示介绍，公布了自其于2020年10月1日就任总干事一职以来新一届管理层的第一份两年预算提案，并详细介绍了新一届管理层的2022-2026年中期战略计划（MTSP）。

邓先生说，产权组织的工作将有助于建设一个世界，使任何地方的创新创造都得到知识产权的支持，造福每个人。“在这一愿景中，知识产权是每个国家创造就业、吸引投资、支持企业发展、提升社群能力，并最终发展充满活力的经济和增强社会活力的有力工具”，他说。

“产权组织的工作必须为所有成员国提供支持，特别是将知识产权的利益带给发展中国家和最不发达国家……我们正在转向影响驱动的发展模式，我们现在要深入实地，与基层接触，帮助创新者、创造者、微型和中小企业、社群和过去尚未得到知识产权生态系统良好服务的其他各方使用知识产权。”邓先生说。

拟议预算

在其2022-2023两年期预算提案中，邓先生提议支出适度增加3%（总额为7.908亿瑞士法郎），同时预测收入将增长8%（9.518亿瑞士法郎）。

总干事说，大部分增加的支出将集中于产权组织持续的数字化转型，以及确保本组织更广泛的基础设施和服务保持适当的资源配置。在实现数字化的同时，产权组织的工作方式也将发生变化，包括注重增强员工的能力，更好地开展内部协作，以及创造一种更有活力的工作文化。这其中还包括发展支出增加4.5%，占总预算的18.5%。

PBC由突尼斯常驻联合国日内瓦办事处代表萨布里·巴赫托比吉大使主持，本周将对工作计划和预算案进行一读。委员会将于9月在产权组织成员国大会之前再次召开会议，将由成员国大会决定是否通过2022-23两年期工作计划和预算。产权组织成员国大会将于2021年10月4日至8日举行。

中期战略计划

除了审议工作计划和预算外，PBC还被提请注意中期战略计划。

除了阐明知识产权是每个国家创造就业、吸引投资、支持企业发展、提升社群能力并最终发展充满活力的经济和增强社会活力的有力工具的愿景之外，中期战略计划还指出，本组织将继续将重点放在其传统优势领域——作为知识产权的国际准则和标准制定机构，以及提供全球知识产权服务。

该计划超越了知识产权的技术和法律层面，将知识产权带到街头巷尾，使人们了解知识产权如何成为其愿望、历程及其生活的一部分。

“我们需要不仅限于与专家和专业人员接触，而要与各处的人们接触，让他们看到知识产权如何与其相关，并可以作为一种工具，将其创新、创意和创造力推向全球。我们将培养实用的知识产权技能，加强支持创新者、创造者、企业、研究机构和社群的工作”，邓先生说。

“我们将确保青少年、妇女、微型和中小企业以及尚未得到知识产权生态系统良好服务的其他各方，现在也成为我们集体重心所在的领域。我们将与外部利益攸关方和联合国大家庭及其他国际机构的合作伙伴加倍努力，以加强可持续发展并解决全球性问题。”

产权组织的2019冠状病毒病相关服务和支持

总干事宣布了一整套服务和措施，旨在支持成员国克服大流行病影响并进行重建。

“产权组织还致力于继续在单边基础上帮助成员国应对大流行病，并为2019冠状病毒病之后的复苏作出规划。我们认识到，以包容和可持续的方式进行重建是世界各国政府的优先事项，也是创新和创造将发挥关键作用的领域”，他说。

这套方案涵盖了产权组织拥有大量内部经验和专门知识的五个领域：政策和立法援助；技术援助和能力建设；创新支持和技术转让；知识产权争议解决；以及知识资源。

与此同时，他表示，产权组织将继续与世界卫生组织和世界贸易组织开展三边合作。这三家机构将在技术援助和能力建设倡议方面加大努力，并计划在今年10月前举办首届技术转让和使用许可问题三边讲习班。

最后，邓先生说道，“尽管过去16个月面临各种挑战，但产权组织的坚实基础仍然完好无损。为此，我想向我的同事和我们的前任们表示感谢和敬意。在下一个两年期，我们拟议保持这种平衡、审慎的财务方法，同时重申重点要确保知识产权帮助我们应对所面临的全球挑战，为全世界人民的生活带来积极影响，并为所有成员国的增长和发展提供支持。”

（来源：https://www.wipo.int/pressroom/zh/articles/2021/article_0007.html）

中文法学类核心期刊知识产权文章摘编

选刊范围：《中国社会科学》及CSSCI（2021-2022）法学类核心期刊

1. 数据抓取行为的竞争法规制

作者：蔡川子

机构：华南理工大学法治经济与法治社会研究中心

摘要：数据抓取是数据处理的前提，是数据产业的基础，更是推动数据普及运用的重要途径。然而，我国包括《数据安全法》在内的相关立法，并没有为数据抓取划定边界。实践中，《反不正当竞争法》一般条款的泛化适用已在某种程度上阻碍了数据经济社会效能的发挥。数据问题的合法性判断具有高度场景化的特点，抓取行为是否具有不正当性应结合数据交易价值和个案抓取手段进行判断，抓取行为是否产生竞争损害则取决于对后续数据产品及服务的市场替代效果评估。若以“数据垄断”对不正当抓取行为进行抗辩，在无法达到垄断的市场判定标准情况下，限制抓取行为也将构成数据不正当竞争行为。此外，在竞争法框架下还应考虑自由公平竞争秩序、市场创新，以及消费者多样化选择等公共利益目标。

关键词：数据抓取；竞争利益；竞争法；法律规制；

（来源：《比较法研究》2021年04期）

2. 论算法创作物的可版权性与著作权归属

作者：徐小奔

机构：中南财经政法大学知识产权研究中心

摘要：算法时代，在机器学习技术与大数据技术的驱动下，算法创作进一步促进了人工智能的自主性。坚守作者中心主义范式下的主客体一致性标准，将无法为算法创作物提供有效的法律保护。事实上，读者中心主义对现代著作权制度也产生了深远的影响，并在作品独创性方面为科技作品、实用作品的著作权保护提供了坚实的理论基础。读者中心主义所确立的主客体分离评价标准为算法创作物视为作品提供了独创性判断

的理论路径。算法自由就是作品表达自由的技术表现，故而可使算法创作物具备独创性。在否定人工智能法律主体的前提下，可以通过委托作品的权属分配机制，一方面有限承认人工智能的机器作者身份；另一方面将著作权全部归属给人类开发设计者。

关键词：算法创作；算法创作物；可版权性；作品独创性；读者中心主义；机器作者；

（来源：《东方法学》2021年03期）

3. 同人作品使用原作虚拟角色的版权界限

作者：丛立先 刘乾

机构：华东政法大学知识产权学院

摘要：在同人作品的创作过程中，未获授权而使用原作虚拟角色的行为普遍存在。由于虚拟角色能够脱离作品而被单独识别，随着其艺术和经济价值日渐凸显，给予其独立版权保护的呼声不断增强，同人作品使用原作虚拟角色的版权界限争议也愈演愈烈，“金庸诉江南案”的宣判更是将这一问题推上风口浪尖。对于虚拟角色的可版权性，应当回归思想与表达二分法，对现有的测试方法进行分解与重构，明确版权法应通过保护具有独创性的虚拟角色描绘之方式给予虚拟角色间接性的保护，而非直接保护虚拟角色本身；而且，同人作品使用原作中虚拟角色描绘的方式多种多样，被使用的虚拟角色类型和具体使用行为的差异将共同影响相关版权侵权责任的判定；此外，同人作品与原作之间具有一种特殊的利益关系，其在创作者、创作内容与传播市场上的特殊性，致使许多同人作品能够满足转换性使用的要求，或对原作潜在市场价值有正向影响，因而有基于合理使用制度获得版权侵权豁免的空间。

关键词：同人作品；虚拟角色；侵权责任；版权界限；合理使用；

（来源：《华东政法大学学报》2021年04期）

4. 互联网广告屏蔽行为的效应分析及规制路径选择

作者：杨明

机构：北京大学法学院

摘要：互联网广告屏蔽行为是否应当受到法律规制，理论界和产业界一直争议颇大。

反对规制的一个重要理由在于，长期来看广告屏蔽会激励技术对抗、促进创新。但是，广告屏蔽的技术原理能够揭示出该行为确实给网站造成了损失，运用回归分析法可以量化损失的大小。在损失认定的基础上，透过“广告+免费内容”这一商业模式的本质，分析广告屏蔽对流量竞争产业的影响，从短期和长期竞争效应两方面展开“福利分析”，厘清屏蔽行为与消费者剩余、社会整体福利之间的相关性，最终可以得到广告屏蔽应受规制的结论。基于规制的应然性，从规制的法理内涵和产业基础出发，将广告屏蔽定性为不正当竞争最为恰当。规制屏蔽具体表现为反法“一般条款”的适用，无论是对竞争关系的判断，还是引入“社会整体福利”这一参数将诚实信用和商业道德的衡量客观化，量化分析的方法更具优势。

关键词：广告屏蔽；“广告+免费内容”；反不正当竞争规制；流量竞争；社会整体福利；

（来源：《清华法学》2021年04期）

5. 日本保护数据的不正当竞争法模式及其检视

作者：李扬

机构：中国政法大学民商经济法学院

摘要：日本对数据采取不正当竞争法保护模式，要求受保护的数据具备限定提供性等要件，将不正当获取、使用或者披露限定提供数据的行为规定为不正当竞争行为；日本保护数据的不正当竞争法模式存在和商业秘密保护界限纠缠不清、保护客体要件设置不当的问题，但这种弱保护模式较好处理了数据保护和数据利用之间的关系，值得我国借鉴；为了克服日本保护数据不正当竞争模式的弊端，采取反不正当竞争法保护数据时，应当根据激励理论具体分析，是否应当规制数据的自由利用行为，以解决市场失灵和数据供应不足的问题。

关键词：数据；反不正当竞争法；不正当竞争行为；一般条款；激励理论；

（来源：《政法论丛》2021年04期）

6. 数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建

作者：冯晓青

机构：中国政法大学民商经济法学院

摘要：在大数据时代，数据日益成为一种重要的生产要素，并具有重要的财产性利益。数据具有财产属性，应受到法律保护。符合知识产权法保护条件的数据可以纳入知识产权保护范畴。不具备知识产权客体条件的数据，在存在值得法律保护的财产性利益或竞争性利益时，可纳入反不正当竞争法保护。数据的专门立法也是数据法体系构建的重要走向。关于数据的法律性质以及法律保护模式的认识差异，不应影响其财产化利益受到法律保护。

关键词：数据；财产化；法律规制；知识产权法；反不正当竞争法；

（来源：《政法论丛》2021年04期）

7. 美国与欧盟对数据保护的梳理与参考

作者：孙远钊

机构：暨南大学知识产权学院

摘要：数据的搜集、保存、转移、传输和分析已然成为当前整个电子商务最具关键的功能之一，犹如人体的神经系统和其中的讯号，带动著全球错综复杂而且相互依赖的产业链条能够有序运转。然而究竟数据应如何定义？其本身是否应该享有如何的权利保护？汇集数据的数据库又应如何？其背后所折射、反应的个人隐私信息究竟应当如何处理？如何在个人的隐私需求与国家和社会安全的需求之间求取平衡？这些问题自从电子商务开展以来便一直困扰著全球各国。本文拟从美、欧两地的发展、经验和实践进行概括的梳理并就其中发生的问题予以评论，以其对国内目前正在推展的相关立法提供参考。

关键词：数据；大数据；数据库；隐私；

（来源：《政法论丛》2021年04期）

8. 商标法上商标使用概念的统一及其制度完善

作者：王太平

机构：广东外语外贸大学华南国际知识产权研究院

摘要：从本体看，商标使用包括促使商标形成与商标形成之后的商标使用两种形式和两个阶段，具有主体、对象、主观目的与客观环境等构成要素。商标法的通信观念和商标符号利益分配观念共同决定了，商标使用的制度目的是在合理区别商标使用和其他标志使用行为的基础上促进商标通信系统的建立和维持。尽管世界各国或地区商标法表面上存在着两种不同的商标使用的立法例，但商标使用概念实质上是统一的，而结合其本体论和目的论则可以给出统一的商标使用概念。在统一商标使用概念下，我国《商标法》的商标使用条款应置于总则，统一适用于商标法全部制度，《商标法》第15条第2款、第32条和第59条第3款的“使用”均应重新界定，第57条的商标侵权行为类型应重新划定。

关键词：商标；商标使用；商标侵权；真实使用；

（来源：《中外法学》2021年04期）

中文管理类核心期刊知识产权文章摘编

选刊范围：《中国社会科学》及国家自然科学基金委管理科学部认定AB类重点期刊

1. 标准必要专利许可费率综合计算方法研究

作者：宋河发^{1, 2} 方紫阳^{1, 2} 武晶晶³

机构： 1. 中国科学院科技战略咨询研究院 2. 中国科学院大学公共政策与管理学院知识产权学院 3. 中国汽车产业知识产权投资运营中心

摘要： 本文梳理了标准必要专利许可费计算司法实践和学术研究成果，提出了标准必要专利许可费率综合计算方法。通过企业财务成本费用利润归类计算专利技术成本费用利润贡献占比，通过计算产品全部标准必要专利数占全部专利数比例计算标准必要专利数与全部专利数量占比，通过技术功效矩阵专利价值分析计算专利权人标准必要专利分值与全部必要专利分值占比。通过将三个占比相乘得出标准必要专利的许可费率，为企业专利许可、司法审判提供了一个新的方法。我国应建立企业技术贡献会计核算制度，完善技术要素贡献企业会计核算方法，建立标准必要专利认定标准和第三方认定制度，制定技术功效矩阵标准必要专利价值计算基本规范和流程。

关键词： 标准必要专利；许可费率；成本费用利润分析；技术贡献率；技术功效矩阵；

（来源：《科研管理》2021年08期）

2. 适应人工智能快速发展的知识产权制度研究

作者：余翔 张润哲 张奔 王华

机构： 华中科技大学管理学院中欧知识产权研究院

摘要： 基于深度学习算法的进步，人工智能逐渐有能力独立进行发明创造和文艺作品创作。本文主要探讨现行专利及著作权制度中规定的保护对象、权利人资格、专利及著作权的权属、侵权判定、侵权责任主体等对人工智能技术快速发展的适应及协调程度，研究指出：现有的专利和版权制度应当对人工智能的发明和作品持鼓励的态度，在排除不适宜作为专利或著作权保护对象的同时，人工智能的发明或作品的权利授予

标准应当与人类的有所区分；相关权利人仍须对应自然人或法人，而非人工智能本身；相关专利侵权行为应包括间接侵权，同时应对人工智能作品安排“登记-授权”的著作权制度、参考临摹作品为人工智能绘画作品提供相应的授权使用制度等。本文还探讨了当前的专利法及著作权法在人工智能时代符合公平原则的程度，并提出解决方案：在“强人工智能时代”将人工智能的发明创造或作品作为公共财产，授予相应的开发者“数据处理权”作为一种新的邻接权，赋予人工智能造物新的特别权利（Sui Generis），修改专利法与著作权法中关于主要权利的相关规定等。

关键词：人工智能；专利法；著作权法；挑战；对策；

（来源：《科研管理》2021年08期）

3. 技术范式视角下的专利制度演进路径分析

作者：周璐 罗立国

机构：厦门大学知识产权研究院

摘要：专利制度的演进是客观历史的“自在自为”，既无关于法哲学上的宏大叙事，也并非工具主义下的建构理性可以直接达致。本文试图通过解构的视角，以四次工业革命的发展为中轴，探讨与之对应技术范式的更迭会对技术创新体系的非稳态均衡提出怎样的重构需求，以及每次重构如何在专利制度的演进中实现。在此基础上，对我国专利制度体系的进一步改革提出了建议。

关键词：专利；制度演进；技术范式；工业革命；

（来源：《科学学研究》2021年08期）

4. 专利是测度企业技术创新绩效的有效工具吗？

作者：朱雪忠 胡成

机构：同济大学上海国际知识产权学院

摘要：技术创新绩效测度是企业制定创新策略的基础。解决专利数量能否测度技术创新绩效这一颇具争议性的问题，对于企业技术创新策略的制定、创新绩效相关实证研究的开展都至关重要。本文基于绩效测度的原始定义，将企业技术创新绩效解构为

“创新数量”与“经济价值”两个维度，并从上述两个维度论证了专利数量测度企业技术创新绩效的可行性、合理性与局限性，最后从专利政策与科学研究两个层面提出了克服专利测度企业技术创新绩效局限性的对策建议。

关键词：专利；技术创新绩效；局限性；

（来源：《科学学研究》2021年08期）

5. 特色小镇知识产权创造与创新产业聚集作用机制

作者：魏旭^{1, 2} 蒙永亨¹ 潘红玉¹ 贺正楚³

机构： 1. 桂林理工大学商学院 2. 广西民族大学民族学与社会学学院 3. 长沙理工大学经济与管理学院

摘要：知识产权活动的源头在于知识产权创造。选择国内一些知识产权特色小镇，从“知识产权创造水平”与“创新产业聚集发展”的视角，依据生产成本、劳动力水平以及创新型企业发展水平这3个中间变量，通过构建结构方程模型，研究知识产权特色小镇的“知识产权创造水平”对“创新产业聚集发展”的作用机制。研究发现：知识产权创造水平的提升，对生产成本的降低、创新型企业发展水平和创新产业聚集发展有显著正向作用；生产成本的降低，对劳动力水平提升、创新产业聚集发展有显著正向作用；创新型企业发展水平的提升，对创新产业聚集发展、劳动力水平有显著正向作用；劳动力水平的提升，对创新产业聚集发展有显著正向作用。基于此结论，提出基于“知识产权创造水平”与“创新产业聚集发展”两者的作用机制，在此作用机制下对特色小镇的“创新型企业发展”和“创新产业聚集发展”的路径进行探讨。

关键词：知识产权特色小镇；知识产权创造；创新型企业发展；创新产业聚集发展；

（来源：《系统工程》2021年04期）

6. 我国中药发明专利质量提升路径——基于专利委托代理视角的实证研究

作者：朱雪忠^{1, 2} 李艳¹

机构： 1. 同济大学经济与管理学院 2. 同济大学上海国际知识产权学院

摘要：将中药专利保护落到实处，是加强中药新药创新能力建设、为健康中国做贡献的重要举措。近年来我国中药发明专利数量与质量不协调的问题，引发了普遍担忧。聚焦于专利委托代理环节，首次将专利代理师“姓名”信息与其“专业”信息链接，实证分析了中医药专业背景的专利代理师队伍培养现状及其对中药发明专利质量的影响。结果发现，由于中医药具有自己独特的理论系统，委托中医药及相近专业背景的专利代理师，能够显著提高中药发明专利质量。但是，50%以上的国内申请人的中药发明专利，是由专业背景为机械、电子、半导体等与中医药专业相距较远的专利代理师所代理。中医药专业背景的专利代理师依然极度匮乏，严重制约我国中药发明专利质量提升。建议国家从供给侧改革，进一步有组织、有规划地落实中医药专业背景专利代理师的培养，并制定相关政策鼓励和吸引中医药专业背景者从事专利代理工作。

关键词：中医药；专利质量；专利委托代理；专利代理师；

（来源：《科学学与科学技术管理》2021年07期）

外文法学类核心期刊知识产权文章摘编

选刊范围：WOS数据库SSCI外文法学期刊

1. Trade Mark Restrictions Under the TRIPS Agreement: The WTO Panel Findings on Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation

作者： Upreti, Pratyush Nath

机构： Sci Po Law Sch, Paris, France

摘要： On 28 June 2018, the World Trade Organization (WTO) circulated the Panel Reports of the highly awaited Australia-Tobacco Plain Packaging disputes, adopted by the Dispute Settlement Body (DSB) on 27 August 2018. The decision was highly anticipated and significant in two aspects. First, it reaffirmed that the right to use a trademark is not a positive right; and tobacco plain packaging law does not come in conflict with relevant provisions of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Second, it was perhaps the last opportunity for giant tobacco companies to set aside the law related to tobacco plain packaging. This article aims to analyse trade mark issues related to the Panel Reports on Australias tobacco plain packaging. The first section will provide a general background and briefly summarize the main findings of the Panel Reports. The second section will analyse the main arguments of parties and the Panel findings on the trade mark issues. Finally, the last section presents the most significant lessons and questions that require further attention.

关键词： 无

（来源： JOURNAL OF WORLD TRADE. Volume 54. Issue 2. P239-264. APR 2020）

2. Generic but Expensive: Why Prices Can Remain High for Off-Patent Drugs

作者： Tessema, Frazer A. ^{1,2,3,4}; Kesselheim, Aaron S. ^{1,2,3,4}; Sinha, Michael S. ^{1,2,3,4}

机构： 1. Brigham & Womens Hosp, Program Regulat Therapeut & Law Portal, 75 Francis St,

Boston, MA 02115 USA; 2. Harvard Med Sch, Med, Boston, MA 02115 USA; 3. Brigham & Womens Hosp, PORTAL, 75 Francis St, Boston, MA 02115 USA; 4. Harvard Med Sch, Harvard MIT Ctr Regulatory Sci, Boston, MA 02115 USA.

摘要: Brand-name prescription drugs are sold at extremely high prices in the US because patents and other market exclusivities provided by the government allow manufacturers to exclude direct competition. This period of market exclusivity was intended for pharmaceutical manufacturers to recoup costs associated with research and development of those products and make profits. The other intended outcome of this system is that the market exclusivity period for brand-name drugs should be self-limited, with competition being able to flourish after the market exclusivities end. Such competition has been most effectively supplied by generic drug manufacturers that produce Food and Drug Administration (FDA)-approved bioequivalent versions of the brand-name product. The market entry of these generic drugs-with market uptake augmented by automatic substitution of brand-name prescriptions at the pharmacy- remains the only market intervention that lowers prescription drug prices consistently and substantially.

Generic manufacturers can make their drugs available at considerably lower cost because of various market advantages they have over brand-name drugs. When this process does not operate as intended, drug prices do not fall after market exclusivity expiration, or prices for generic drugs may actually increase. In this paper, we examine the variety of factors that mitigate the cost savings associated with introduction of interchangeable generic drugs, especially older, off-patent drugs. We then consider policy solutions that may help stabilize the generic drug marketplace, diminishing the frequency and impact of generic price increases.

关键词: market exclusivity; prescription drugs; united-states; high-cost; shortages; access; impact

(来源: HASTINGS LAW JOURNAL. Volume 71. Issue 4. P 1019-1052. MAY 2020)

3. Divergence and Convergence of Royalty Determinations between Compulsory Licensing under the TRIPS Agreement and Ongoing Royalties as an Equitable Remedy

作者: Shore, David

机构: Harvard University Innovat & Change CAMBRIDGE, MA, USA

摘要: Patent rights are recognized as a property asset with an attendant right to exclude. However, recent policy developments highlight that the right to exclude is not inviolable. This paper explores two rapidly evolving exceptions to patent exclusivity, both of which take the form of compulsory

licenses. First, under the international Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS"), national governments can compel patent owners to out-license technology in service of greater good. These egalitarian compulsory licenses improve access to technology but undermine patent value. Second, compulsory licenses are increasingly relied upon as an equitable remedy in U.S. patent litigation. Typically referred to as "ongoing royalties," these court-mandated compulsory licenses are a modern alternative to injunctions against adjudged infringers. TRIPS compulsory licenses and ongoing royalties arise under independent legal frameworks, but necessarily invoke parallel economic considerations. While the wisdom of each has been discussed at length by others, this paper explores principles of royalty determination employed in each context. Considering both frameworks, an analysis of where each succeeds and fails is provided, together with an exploration of optimized royalty frameworks.

关键词：无

（来源：AMERICAN JOURNAL OF LAW & MEDICINE. Volume 46. Issue 1. P55-88. MAR 2020）

4. Reaching for Mediocrity: Competition and Stagnation in Pharmaceutical Innovation

作者：Le, Son¹; Sukhatme, Neel U.^{2,3}

机构：1. Georgetown Univ, Dept Econ, Washington, DC 20057 USA; 2. Georgetown Univ, Law Ctr, Washington, DC 20057 USA; 3. Georgetown McCourt Sch Publ Policy, Washington, DC USA.

摘要：We model how risk-neutral firms' ability to obtain substantial private returns on marginal new technologies causes them to "reach for mediocrity" by investing in socially suboptimal projects, even in the presence of competition and new entrants. Focusing primarily on pharmaceutical innovation, we analyze various policy interventions to solve this underinvestment problem. In particular, we describe a new approach for a "value-based" patent system, which ties patent protection to an underlying invention's social value, and we show how such a system could incentivize socially optimal innovation. (C) 2020 Elsevier Inc. All rights reserved.

关键词：research-and-development; incentives

（来源：INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS. Volume 64. DEC 2020）

5. How do Patent Incentives Affect University Researchers?

作者: Ouellette, Lisa Larrimore¹; Tutt, Andrew²

机构: 1. Stanford Univ, Stanford Law Sch, Stanford, CA 94305 USA; 2. Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, Washington, DC USA.

摘要: Universities and other beneficiaries of public funding for scientific research are encouraged to patent resulting inventions under the Bayh-Dole Act. This controversial framework gives academic grant recipients a direct financial stake in the success of their inventions by requiring universities to share the resulting patent royalties with inventors. This incentive for grant recipients might help justify Bayh-Dole patents when the conventional justification for exclusivity-that it is necessary for commercialization-fails to hold. But there is little evidence as to whether it works.

This article examines how one aspect of the patent incentive-the prospect of royalties-affects the behavior of university researchers. Fortuitously, different schools offer inventors different shares of patent revenue. We have created a dataset of royalty-sharing policies from 152 universities, which shows substantial variation across universities and time. (For example, Caltech switched from sharing 15 %-25 % of net income in 1994, the University of Washington switched from sharing 100 % of initial revenues to a flat rate of 33 % in 2004, and the University of Iowa switched from 25 % to 100 % of initial patent revenues in 2005.) Although prior work has reported that higher inventor royalties lead to more university licensing income, we show that this result was driven by coding errors. We also extend prior work by examining more years, doing a more convincing panel data analysis, using additional outcome variables, and looking at lateral moves by the most active patenters. In all of these analyses we find no compelling empirical evidence that increasing university inventors' royalty share has a significant effect on any of the outcomes one would expect to be most affected.

These results do not imply that patents provide no incentives to university researchers. They may provide reputational benefits or encourage faculty-run spin-offs, or even provide financial incentives that are not captured by our statistics. But the lack of a measurable impact of higher royalty shares on patenting activity suggests that, from a social welfare perspective, it may be preferable for a larger share of royalties to be retained by universities, which are then required by Bayh-Dole to reinvest this money in science research and education. In any event, our analysis raises promising questions for future research and calls into question the existing view that increasing the inventor's share in university patent policies encourages researchers to develop and commercialize more remunerative patents. (C) 2020 The Authors. Published by Elsevier Inc.

关键词: bayh-dole; economic incentives; employee inventions; patent; replication; universities

(来源: INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS. Volume 61. MAR 2020)

6. Gendered 'Objective' Patent Law: Of Binaries and a Singularity

作者: Lai, Jessica C.

机构: Victoria Univ Wellington, Wellington Sch Business & Govt, POB 600, Wellington 6140, New Zealand

摘要: Patent law protects the technical. It is seemingly objective in terminology and application. Yet studies show that males are significantly more likely than females to be the inventors of patented inventions. Patenting is not objective, it is gendered. The reasons for this are multiple and include the fact that patent law itself, including its presumptions and interpretation, is gendered. This article examines how patent law reflects multiple gendered binaries, despite being drafted in ostensibly neutral terms. These serve to favour masculine modes and fields of creation, while ignoring and devaluing feminine knowledge and ways of knowing. We should be concerned that patent law is gendered because patents affect wealth distribution, what is invented and commercialized, and what information and knowledge is disseminated, built upon, and viewed as valuable. Thus, instead of embodying gendered binaries, the law should reflect a singularity - a unique point, where the system degenerates or diverges to recognize and encourage the multiplicity of ways in which invention and innovation can and do occur, beyond socially constructed binaries.

关键词: social construction; computer-science; women inventors; property; biopiracy; mothers; work; gap

(来源: JOURNAL OF LAW AND SOCIETY. Volume 47. Issue 3. P441-467. SEP 2020)

7. An Empirical Study of Criminal Sanction on Trademark Counterfeiting in China

作者: Cai, Chuanzi

机构: South China Univ Technol, Fac Law, Higher Educ Mega Ctr, Bldg B9 Off 302, Guangzhou 510006, Peoples R China

摘要: Based on the empirical study of more than 800 criminal cases of trademark counterfeiting in China, this article finds that criminal sanctions of counterfeiting cases are below the statutory minimum of the law, and most courts do not calculate illegal business volumes or fines before making the decisions. For providing policy recommendations, this study, by regression analysis, further demonstrates that attorney arguments and courts calculation on business volume does associate with severer sanctions. This highlights the importance of precise court calculation in

counterfeiting cases. Additionally, counterfeiters who should be sentenced to longer imprisonment are only receiving greater fines instead of longer imprisonment terms than those cases with less severity. Repeat offenders are not receiving significantly higher sanctions than first-time offenders. These findings suggest that criminal courts may have core considerations on specific case characteristics, and these characteristics have different effects on the decisions of fines and imprisonment.

关键词: criminal sanction; fines; imprisonment; trademark counterfeiting; statutory minimum

(来源: INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW CRIME AND JUSTICE. Volume 63. DEC 2020)

南湖学人速递

徐小奔：论算法创作物的可版权性与著作权归属

论文来源：《东方法学》2021年第3期

内容介绍：

文章第一部分，作者首先介绍了“算法时代”围绕着算法创作物衍生出的赋权争议情况，其中的焦点问题是“算法创作物的法律性质认定及权属配置问题”。在是否赋权的问题上，大多数学者都主张通过财产权机制对算法创作物予以保护，有著作权保护模式论和非著作权保护模式论两种观点；少数学者持反对保护的观点。经过梳理分析，作者认为这些观点的论证大多集中于法教义学分析，或是忽略了人工智能技术给当代社会生产生活方式以及法律制度带来的巨大影响，或是忽略了算法创作物与普通作品在市场交易中外观的难以分辨性。作者认为，从制度便利性的角度出发，基于客体外观的相似性而将算法创作物认定为作品是最优选择，但仍需要对其的独创性等问题进行讨论。基于此，作者在本文中着眼于批判主客体一致性标准，主张以主客体分离评价标准为理论范式评价、构建算法创作物的权属制定。

文章第二部分，作者对创造性思维是否独属于自然人的主体性判断这一问题进行了探讨，因为这是算法创作物能够接受独创性检验的前提条件。作者通过分析论证，认为自由意志的存否并不是通过科学检验和证据检验的事实判断，不妨将创造性思维视为是人类为建设有目的的生活秩序而进行的价值选择，鉴于此可以基于特定的法价值理由或法功能性需求将算法创作认定为具有著作权法意义上的创作，进而允许对算法创作物进行独创性审查。

在文章的第三部分，作者对上述第二部分结论产生的主客体分离评价法律现象所引起的问题进行了思考，即主客体分离评价标准在著作权法的框架内判定作品独创性具有多大程度的合理性？作者认为，主客体分离评价的法理基础是读者中心主义，经济基础是作品的商品化，二者一同论证了主客体分离评价标准的合理性，并且在此评价标准下将算法创作物视为作品具有正当性，而算法创作物独创性的技术来源是算法自由。

文章的第四部分，作者对算法创作物的著作权权属制度安排进行了探讨。作者认为，在读者中心主义模式上，作者在功能上已经被符号化，在利益分配上也被虚化为授权链条

上的初始环节。作者的功能化使作者不再当然地被视为著作权人，著作权人也不必为作者，使得在算法时代人工智能与人类的关系表现为机器作者与人类著作权人的关系，而二者的关系具体表现为委托创作而非合作创作。

在文章的最后，作者指出：在主客体分离评价标准下，考察算法创作物的可版权性与有限承认人工智能具有“机器作者”的资格并不矛盾；而承认人工智能的“机器作者”身份，也不等于承认人工智能具备与人类相似的主体性与自由意志。赋予人工智能“机器作者”的身份，仅仅是为了在作品商品化的授权链条中功能性地、符号性地设置虚拟的主体，以便在现有著作权法制度内最大限度减少不必要的信息成本，以使算法创作物的著作权保护更具解释力，从而适应人工智能产业发展的需要。

作者介绍：

徐小奔，中南财经政法大学知识产权研究中心 副教授



（本快讯仅用于学术研究，转载请标明出处）

知识产权南湖快讯

2021年第7期（总第81期）

主办单位：国家知识产权战略实施（中南）研究基地

中南财经政法大学知识产权研究中心

总编辑：詹映

本期编译：郑志聪 李艺萌

联系邮箱：1023081402@qq.com

1287277415@qq.com